Expediente: 2021/G01_02/000032 **Referencia:** [redacted] **Denunciado:** Universidad de Alicante **Asunto:** Presuntas incompatibilidades en materia de personal.	**DIRECCIÓN DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN**

RESOLUCIÓN FINAL DE INVESTIGACIÓN

Visto el expediente 2021/G01_02/000032 instruido por la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, derivado de la presentación de una alerta sobre **presuntas incompatibilidades de personal de la Universidad de Alicante** y con base en el informe final de investigación emitido el 10 de abril de 2024 y los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, se dicta la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Sobre actuaciones realizadas para el estudio de verosimilitud

1) A través de los canales habilitados al efecto en la AVAF, se presentó una alerta relativa a la realización de actividades privadas incompatibles con su empleo público por dos funcionarios de la Universidad de Alicante y a la vinculación de la práctica totalidad de los magistrados de los mercantil de la provincia de Alicante con la Universidad y falta de apariencia de imparcialidad.

2) La denuncia interpuesta dio lugar a la apertura por parte de la Agencia del expediente identificado con el número **2021/G01_02/000032**, habiéndose acusado recibo de la misma por parte de la AVAF tal y como dispone el artículo 35.3 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la AVAF de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019).

3) Realizadas las actuaciones de análisis previstas en el artículo 12.1 de la 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, la Dirección de Análisis e Investigación procedió a emitir informe previo de verosimilitud en fecha 4 de abril de 2023.

SEGUNDO. - Sobre el inicio de las actuaciones de investigación

Mediante la resolución 345, de 5 de abril de 2023, el director de la Agencia acordó lo siguiente:

> **«PRIMERO. – INADMITIR** la cuestión planteada en la denuncia referente a la presunta vinculación de cinco magistrados de lo mercantil de la provincia de Alicante y su supuesta falta de imparcialidad por comunicar hechos que quedan fuera del ámbito de actuación de la Agencia, según lo dispuesto en el artículo 35, apartado 7, letra b) del reglamento de funcionamiento y régimen interior.
>
> **SEGUNDO. - INICIAR** expediente de Investigación para la determinación de la existencia de presuntas irregularidades en materia de incompatibilidades, ya que se ha comprobado la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos de los que trae causa la denuncia a los efectos de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre.
>
> **TERCERO. - ENCOMENDAR** a la Dirección de análisis e investigación de la Agencia la instrucción del expediente de investigación, que ejercerá las potestades de investigación e inspecciones enumeradas en el artículo 6 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, que se consideren necesarias y

proporcionales para llevar a cabo los actos de instrucción precisos para la comprobación e investigación de los hechos objeto de las actuaciones.

CUARTO. - En el supuesto de que los hechos objeto del presente expediente de investigación estuviesen siendo investigados por la autoridad judicial, el ministerio fiscal o la policía judicial, y así conste a esa institución, deberá ser comunicado a la Agencia cualquier interesado o tercero del expediente que tuviese conocimiento de ello, a los efectos de interrumpir las presentes actuaciones de conformidad con los dispuesto por el artículo 5, punto 2 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre.

QUINTO. - NOTIFICAR la resolución de inicio de actuaciones a la Universidad de Alicante y solicitar la aportación de la documentación que a continuación se relaciona:

1º.- Certificado emitido por la Secretaría General en el que se acredite, referido a ambos interesados, a qué solicitudes de compatibilidad se corresponden el informe favorable emitido por la Comisión de Compatibilidades el 13/03/1997, la aprobación por la Junta de Gobierno de 28/07/1997 y el Certificado del Secretario General de 30/07/1997 (páginas 10 a 15 del expediente correspondiente a las certificaciones de acuerdos de la Junta de Gobierno y del Consejo de Gobierno).

2º.- Certificado emitido por la Secretaría General en el que se acredite si las decisiones sobre la aplicación de la excepción prevista en el artículo 19 de la Ley 53/1984 a las solicitudes de compatibilidad de [redacted] para labores de carácter técnico en el ámbito jurídico, en el marco de las diligencias previas 2/2012, y [redacted] para el ejercicio las funciones de [redacted] de Alicante, se basaron en algún informe jurídico o dictamen, y en caso afirmativo copia autenticada del mismo.

SEXTO.- NOTIFICAR Y DAR TRÁMITE DE AUDIENCIA A LAS PERSONAS AFECTADAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por su posible implicación en los hechos objeto de investigación, procede notificar la resolución de inicio de actuaciones a [redacted] y Dª [redacted] así como concederles un trámite de audiencia durante un plazo de 10 días hábiles desde la notificación.

Finalizado el plazo sin haber efectuado alegaciones ni aportar documentos o justificaciones, o si antes del vencimiento del plazo manifiestan su decisión de no efectuar aquellas ni aportar estos, se tendrá por realizado el trámite y continuará la tramitación del procedimiento. El trámite de audiencia puede practicarse mediante el procedimiento descrito en el penúltimo párrafo o concertando cita con la Agencia a través del teléfono 962 787 450 o por correo electrónico dirigido a investigacio@antifraucv.es.

SÉPTIMO.- En la notificación de la resolución de inicio de actuaciones solicitar a [redacted]

1º.- Que acredite si ha ejercido o ejerce la actividad privada retribuida consistente bien en la emisión de informes jurídicos retribuidos bien en el ejercicio profesional de abogado, o ambos.

2º.- Que, dado que consta como propietario al 50% de la sociedad XXXXX, indique su relación con la citada mercantil y si ha ejercido en algún momento las funciones de administrador, apoderado o cargo directivo en la misma.

OCTAVO.- En la notificación de la resolución de inicio de actuaciones solicitar a [redacted]

1º.- Que, dado que consta haber sido administradora única entre 2005 y 2018 de la sociedad XXXXX, indique su relación con la citada mercantil.

Se concede un plazo de **10 días hábiles** a contar desde la recepción de la resolución de inicio de investigación para presentar la documentación requerida ante la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

El escrito de respuesta deberá presentarse a través de la Sede Electrónica de la Agencia Valenciana Antifraude (https://sede.antifraucv.es) o por cualquiera de los medios a los que se refiere el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en caso de no ser sujeto obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.»

TERCERO. Alegaciones de las personas afectadas

El 25 de abril de 2023 tuvo entrada en el Registro general de la Agencia un escrito firmado por [redacted] y [redacted] en el que formularon las siguientes alegaciones:

La primera comienza con una introducción en la que los afectados señalan el hecho de encontrarse en la posición de denunciados en un procedimiento administrativo sancionador por hechos indeterminados, con una investigación prospectiva y sobre hechos ya resueltos. A continuación en el epígrafe 1, referido a la resolución de inicio de las actuaciones de investigación, plantean diversas cuestiones, que a continuación se relacionan: falta de concreción física y temporal de los hechos que pueden ser constitutivos de infracción administrativa, inexistencia de indicios razonables de veracidad de los hechos, ausencia de indicios de apreciación de ilicitud de las conductas y considerar la denuncia como un hecho; el amparo legal de las actividades por decisiones administrativas que conceden la compatibilidad o determinan que se trata de hechos no afectos a tales autorizaciones; y carencia de hechos con relevancia jurídica.

En el apartado 1.1 se alega el carácter prospectivo de la investigación por no estar limitada en el tiempo y sin referencia concreta a hechos que deben constituir la base indiciaria del procedimiento.

El apartado 1.2 se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad por ausencia de especialidad y falta de tipicidad al no relacionar las normas que pudieran infringirse en el caso por ser parte de una sociedad mercantil; de necesidad por no estar concretada temporalmente la eficacia jurídica y no tener en cuenta el instituto de la prescripción; y de proporcionalidad en sentido estricto.

En el apartado 1.3 se alega que el procedimiento atenta gravemente a los derechos fundamentales de defensa y a la presunción de inocencia. Aquel por ausencia de referencia a los hechos concretos y a su relevancia jurídica, por falta de tipicidad sin tener en cuenta la extinción responsabilidad por prescripción, y por ausencia de imputación concreta. Y ésta por entender que se produce un desplazamiento de la carga de la prueba al pretenderse que los denunciados acrediten los hechos en que se ha de basar su imputación, lo que haría imposible toda defensa.

El apartado 1.4 se refiere a la falta de imparcialidad, derivada del incumplimiento de las exigencias establecidas en la propia Ley de la Agencia, y en él se recusa expresamente por esta causa al firmante de la resolución de inicio.

En la alegación segunda se invoca la nulidad por mantener la confidencialidad de la denuncia, de la que no se ha dado traslado íntegro a los afectados, de forma automática, sin resolución motivada, sin valorar los móviles del denunciante y por la ausencia de control sobre su veracidad y fiabilidad. Se hace especial énfasis en la falta de credibilidad del denunciante, su mala fe y el interés ilegítimo y espurio que mueve su denuncia.

En la alegación tercera se insta a la inadmisión de la denuncia por referirse a hechos que ya han sido resueltos en tanto en vía jurisdiccional como administrativa.

Por una parte, los alegantes manifiestan que lo planteado en la denuncia ha sido reiteradamente llevado ante instancias administrativas, a saber la Universidad de Alicante y el Consejo General del Poder Judicial, y que en todas ha sido desestimado por resolución firme.

Por otra, aducen que la denuncia reproduce una demanda presentada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fecha 20 de julio de 2020, que éste desestimó mediante sentencia firme de 30 de noviembre de 2021. Dada la conexión fáctica entre denuncia y demanda, mediante la primera se plantean unas pretensiones indivisibles por lo que es improcedente el fraccionamiento de la denuncia, esto es, la admisibilidad de parte de la misma. Y que dado el carácter de cosa juzgada de las pretensiones de la denuncia ésta debe ser inadmitida.

Añaden la falta de legitimidad del denunciante, señalada por el Tribunal Supremo, la temeridad de sus pretensiones, y que persigue fines ilegítimos.

En la alegación cuarta ponen de manifiesto que se incluye en la relación de fuentes abiertas la información referida a la mercantil XXXXX, y que dicha información «no es una fuente abierta y cuyo acceso está restringido a las autoridades públicas con los únicos y exclusivos fines de investigar los delitos de blanqueo de capitales y terrorismo». Señalan que tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/11/2022, que ha ordenado la vuelta a la antigua redacción del artículo 30.5 c) de la Directiva 2015/849, la información sobre titularidades reales solo es accesible en base a un interés legítimo consistente únicamente en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, no siendo éste el objeto de investigación de la Agencia en este caso.

Señalan asimismo que el uso de dicha información para cualquier otra finalidad constituye una infracción de los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos, y que ante la gravedad de la lesión que puede haberse producido se ven obligados a requerir a la Agencia de dónde procede la información sobre la citada mercantil, «quién fue la persona que la solicitó y que le ordenó o autorizó a hacerlo».

Por último alegan la imprecisión en la información que la Agencia les solicita ya que la información sobre los administradores o apoderados de sociedades de capital ya consta en fuentes abiertas, y que no es claro a qué se refiere la petición de información sobre la relación con la persona jurídica cuando ya se pide sobre la condición de socio y administrador.

Y concluyen su escrito solicitando:

> PRIMERO. La nulidad de la resolución por infracción de normas esenciales del procedimiento que exigen la determinación de los indicios de la infracción investigada. Todas ellas citadas en el cuerpo de este escrito.
>
> SEGUNDO. La nulidad de la resolución por vulneración del art. 24,2 de la CE, en concreto los derechos a la defensa y la presunción de inocencia.
>
> TERCERO. La nulidad de la resolución por falta absoluta de motivación. Ausencia de relación de indicios sustituidos por una mera sospecha que abre una investigación prospectiva, ilimitada en sus elementos fácticos y temporales. Por infracción, pues, del derecho a un proceso con todas las garantías en lo que es de aplicación al procedimiento administrativo sancionador (art. 24,2 CE).
>
> CUARTO. La abstención o, en su caso, la recusación que se plantea frente a quien la suscribe por falta de imparcialidad objetiva por los motivos expuestos en la ALEGACIÓN SEGUNDA 1.4.
>
> QUINTO. La desestimación de la denuncia y cierre del procedimiento al haber sido ya resueltos los hechos por instancias administrativas firmes y por resoluciones judiciales que producen los plenos efectos de la cosa juzgada.
>
> SEXTO. Que por la Agencia se informe a los denunciados de qué fuente en concreto proceden los datos que dice “le constan” sobre titularidad real de la mercantil XXXXX y qué persona los recabó y por orden o con autorización de quien.»

CUARTO.- Informes

El 28 de abril de 2023 la Dirección de Análisis e Investigación solicitó a la Dirección de Asuntos Jurídicos, como dirección competente para ello en virtud del artículo 21 del Reglamento de la Agencia, la emisión de un informe sobre las alegaciones antedichas a los efectos de su resolución.

La Dirección de Asuntos Jurídicos emitió su informe, de carácter no preceptivo y no vinculante, el 6 de junio de 2023, en el que concluyó lo siguiente:

1º.- Que no deberían atenderse en este momento las alegaciones relativas a la infracción de las normas esenciales del procedimiento (alegación primera), de los derechos a la defensa y presunción de inocencia (alegación segunda), de falta de motivación (alegación tercera) y de cosa juzgada (alegación quinta) ya que las mismas se han formulado contra la Resolución de inicio de las actuaciones núm. 346 de fecha 5 de abril de 2023 del director de esta Agencia que es un acto de trámite no cualificado no susceptible de recurso autónomo, y ello sin perjuicio de considerar las alegaciones expuestas en la resolución que ponga fin al procedimiento.

2º.- Que debería ser inadmitida la solicitud de abstención y/o recusación formulada toda vez que la misma no se articula con apoyo en ninguna de las causas recogidas en el artículo 23 de la Ley 40/2015.

3º.- Que debería ser admitida la solicitud de información interesada en relación con la fuente de donde obtiene esta Agencia los datos de titularidad real.

A fin de disponer de toda la información necesaria para la valoración de la alegación planteada por los afectados referente al acceso al fichero de titularidades reales, esta Agencia dirigió el 19 de septiembre de 2023 una consulta al Registro Mercantil de Valencia relativa a «si la información de las titularidades reales de personas jurídicas está restringida a fines relacionados con la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, o si se trata de una información pública a la que esta Agencia pude acceder para otros fines acordes con el ejercicio de las competencias propias, entre las que se encuentran las relativas a hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa o disciplinaria».

En la misma fecha se dirigió otra consulta al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre «si el acceso a la información sobre titularidades reales está limitado a los supuestos relacionados con el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y los delitos subyacentes conexos (como la corrupción, los delitos fiscales y el fraude), o si está disponible también en relación con la vulneración de la legalidad en general y las irregularidades de naturaleza administrativa».

El Decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Comunitat Valenciana respondió a la solicitud el 29 de enero de 2024. En su escrito, el Colegio reconoce, por una parte, la condición de esta Agencia como autoridad competente en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, entiende acreditado el interés legítimo y concede el acceso directo al Registro de Titularidades Reales sin que sea necesario un examen del cumplimiento de las condiciones de acceso en cada solicitud de información. Y por otra parte añade que no le compete determinar si el uso que esta Agencia da a la información en el ejercicio de sus competencias se ajusta o no a la finalidad para la que la información fue solicitada.

QUINTO.- Ampliación del plazo de investigación

Considerando el volumen de documentación contenido en el expediente, las alegaciones formuladas por los interesados, la procedencia e importancia de las consultas formuladas, la necesidad de las respuestas por su trascendencia en la tramitación del expediente, y que se estaba a la espera de mismas, y en base a la seguridad jurídica de la tramitación del expediente y los derechos de las partes implicadas, el 5 de octubre de 2023 el director de la Agencia dictó la resolución número 1029 mediante la que acordó ampliar la duración de las actuaciones y tramitación en el expediente por un plazo de 6 meses adicionales al de 6 meses desde el acuerdo de inicio de la investigación.

SEXTO. – Informe Provisional de Investigación.

En cumplimiento de lo dispuesto en el número 9 del artículo 37 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la AVAF (DOGV núm. 8582 de 02.07.2019), el 20 de marzo de 2024, una vez instruido el procedimiento, esta Agencia emitió el Informe Provisional de Investigación, que fue

puesto en conocimiento de la Universidad de Alicante y de los funcionarios afectados.

En el Informe Provisional de Investigación fueron tomadas en consideración las **alegaciones formuladas** por los afectados en su escrito de 25 de abril de 2023, y contestadas tal y como a continuación literalmente se reproduce:

> **PRIMERO.-** Con respecto a lo manifestado en la **alegación primera** es necesario hacer constar que el procedimiento de investigación de la Agencia, como resulta evidente en su Ley de creación, a saber la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo Ley 11/2016), y su Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior aprobado por resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo el Reglamento), no tiene naturaleza sancionadora. Según establece claramente el artículo 4 letra c) de la Ley 11/2016, y los concordantes 9.3 y 16.1, la Agencia puede, «en función de los resultados de la investigación, instar la incoación de los procedimientos que corresponda para depurar las responsabilidades que pudieran corresponder». Ello significa, como han reconocido los Juzgados de lo Contencioso Administrativo[1] referidos a la actuación de la Oficina Antifraude de Cataluña y la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares y trasladables punto por punto a nuestro caso, que las funciones asignadas a la Agencia no son ejecutivas sino de supervisión y control, sin perjuicio de que los informes, puestos en conocimiento de los organismos oportunos, puedan dar lugar al inicio de procedimientos de naturaleza penal o administrativa. Pero ni si quiera tal puesta en conocimiento determina *per se* consecuencia alguna, toda vez que las conclusiones que eventualmente se alcancen en los procedimientos de investigación adoptan la forma de recomendaciones, cuyo cumplimiento la Agencia no puede exigir de forma coactiva ya que carece de potestad para exigir su ejecución. Corresponde en exclusiva a los órganos que reciben los informes de investigación examinar la procedencia o no de iniciar los correspondientes procedimientos.
>
> La potestad sancionadora de la Agencia, cuyo régimen está definido en el capítulo III de la Ley 11/2016, se ejerce en virtud de un procedimiento diferente y separado del de investigación, según dispone claramente el punto 3 del artículo 16 de la Ley 11/2016, en los casos en que se adviertan acciones u omisiones de las tipificadas en el artículo 18, esto es, con fines distintos de la investigación. En la resolución 345, de 5 de abril de 2023, de inicio de actuaciones de investigación se especificó claramente en el resuelvo segundo que el expediente que se iniciaba era de investigación, y no sancionador.
>
> En el **apartado 1.1** se alega **el carácter prospectivo de la investigación** por no estar limitada en el tiempo y sin referencia concreta a hechos que deben constituir la base indiciaria del procedimiento. Sobre este particular es necesario precisar que no concurren en la resolución de inicio de la investigación ninguno de los elementos que la jurisprudencia y la doctrina atribuyen como determinantes de las investigaciones prospectivas o causas generales, que aunque referidas al ámbito penal pueden ser trasladables al administrativo. Así, aun cuando ello no es exigible en nuestro caso ya que según el artículo 11 de la Ley 11/2016 puede iniciarse por iniciativa propia, el expediente se ha abierto en relación con hechos comunicados mediante una denuncia, es decir se dispone del equivalente a la *notitia criminis* (Sentencia del Tribunal Supremo 908/2021); las actuaciones de investigación están acotadas a los hechos en relación con el posible incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades por lo que no se dirigen a la totalidad de la vida de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1998); no se produce en modo alguno la búsqueda

[1] Sentencia 25/2022, de 8 de febrero de 2022 el número 16 de Barcelona y Auto 294/2022, de 5 de octubre de 2022 del número 1 de Palma de Mallorca.

de potenciales acciones infractoras (STS 314/2015) sino que se inicia una investigación dirigida a constatar la eventual realización de actividades profesionales o mercantiles que pudieran constituir causa de incompatibilidad, por lo que el objeto de investigación está delimitado (STS 908/2021), lo que excluye que la finalidad sea indagar la conducta o actividad de una o varias personas que se presumen peligrosas o potenciales delincuentes atendidos sus antecedentes o su forma de vida, actual o pasada (Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal).

Y sobre el **grado de precisión de los hechos** que es exigible a fin de determinar cuándo el objeto de investigación está suficientemente delimitado, es una cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/1998, según la cual «la pretensión de que, desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor, queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable… Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente». Y si la pretensión de precisión perfecta no es admisible en el ámbito penal, que es al que se refiere la sentencia, con menos razón lo será en las actuaciones administrativas no sancionadoras, como es nuestro caso según acabamos de señalar, y en la que no se formula acusación ni imputación alguna.

En virtud de lo anterior y considerando que el objeto de la investigación ha sido delimitado y acotado suficientemente en el momento en que ésta aún no se ha desarrollado, **esta alegación debe ser desestimada.**

Sobre las alegaciones contenidas en el **apartado 1.2.** debemos empezar señalando que el **principio de proporcionalidad** en la aplicación de la ley obliga a realizar las actuaciones estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos por ésta. A este respecto, procede hacer constar en primer lugar que las actuaciones realizadas por la Agencia en el expediente de referencia están amparadas por la Ley 11/2016, en particular en sus artículos 3, 4 y 6, por lo que se cumple, por lo tanto, con el requisito de legalidad. En segundo lugar, el artículo 4 de la Ley 11/2016 incluye expresamente en su letra a) que entre los fines y funciones de la Agencia se encuentra «La prevención y la investigación de posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho». Entre dichas conductas opuestas a la integridad y contrarias a la sumisión plena a la ley se encuentra el posible incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades por parte de los empleados públicos, dado que es esta una materia regulada expresamente por la Ley, en concreto por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Otras normas legales que se refieren a las incompatibilidades son la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

La aplicabilidad de la normativa sobre incompatibilidades por el personal docente universitario es una cuestión que queda fuera de toda duda según abundante y consistente jurisprudencia, de la que basta citar la sentencia 1399/2020 del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2020. Esta sentencia fija como doctrina de interés casacional lo siguiente:

> Como consecuencia de lo razonado, hemos de declarar que el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria

> y de fomento de la competitividad, no resultan de aplicación al profesorado universitario a tiempo completo, ya que éste personal docente universitario se encuentra sometido a una incompatibilidad absoluta para cualquier otra actividad, con independencia de la percepción o no de complemento específico y su cuantía, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, y en el art. 83 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades.

Dado que la expresión "para cualquier otra actividad" inequívocamente engloba al ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales a que se refiere el artículo catorce de la Ley 53/1984, la actuación de la Agencia encaminada a determinar la posible existencia de una situación de incompatibilidad en el expediente que nos ocupa cuenta con la necesaria habilitación legal, se corresponde íntegramente con los fines encomendados a la Agencia y con el ejercicio de sus funciones, y, como hemos señalado en lo referido al apartado 1.1, no puede apreciarse falta de especialidad o concreción. Adicionalmente, la resolución de inicio de la investigación no ha supuesto la adopción de medida alguna más allá de la continuación del expediente, ni ha conllevado acto alguno de calificación, decisión ni imposición restrictiva o limitativa de derecho alguno. Por todo ello esta Agencia considera que se trata de una actuación proporcionada.

Se añade en el apartado 1.2 el argumento de que **no se ha tenido en cuenta el instituto de la prescripción**. Sobre esta cuestión debemos señalar que las actuaciones de la fase de análisis, que son las que han tenido lugar en el expediente y que han culminado con la resolución de inicio de actuaciones de investigación, se realizan, según el artículo 12 de la Ley 11/2016, con la finalidad de comprobar «la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos o las conductas que hayan sido objeto de la denuncia o la petición». Esta actividad se corresponde con la de información y actuaciones previas previstas en el artículo 55.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en la que según el Tribunal Supremo no tiene cabida el argumento de la extinción de la responsabilidad por prescripción: «la apreciación de si hay o no prescripción no constituye materia propia de unas actuaciones previas porque su comprobación va más allá de una valoración de principio, exigiendo, además, una precisión en los datos que normalmente no se puede tener en ese momento» (sentencia de 27 de febrero de 2001, RAJ 1369).

El **principio de tipicidad** se configura como una de las garantías constitucionales que limitan el *ius puniendi* del Estado, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia 52/2003: «en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, éstos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in *malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan». Y así lo contempla tanto la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, que lo establece en su artículo 27 como uno de los principios de la potestad sancionadora, como la LPAC, que en su artículo 53 otorga el derecho «a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, …» a los presuntos responsables en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. En virtud de lo anteriormente expuesto en el presente fundamento de derecho, a saber, que el inicio de procedimientos de naturaleza penal o administrativa no compete a la Agencia sino a los órganos competentes en cada caso, previa adopción del acto o acuerdo que corresponda, y que la resolución contra la que se dirigen las alegaciones no es de inicio de un

procedimiento de naturaleza sancionadora sino de investigación, no tiene cabida la alegación de vulneración de tal principio. Y con más razón todavía cuando, como acabamos de señalar en el párrafo anterior, lo actuado se limita a la comprobación de la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos objeto de la denuncia, no siendo posible la tipificación de hechos o conductas cuya investigación no ha finalizado o no ha llegado ni siquiera a desarrollarse. A mayor abundamiento, no compete a esta Agencia la calificación de los hechos o conductas que pudieran resultar sancionables. Por una parte porque, según el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la posible calificación de los hechos en un eventual procedimiento sancionador se establece en el acuerdo de iniciación del procedimiento, para el cual no tiene competencias esta Agencia. Y por otra, y en concordancia con lo anterior, porque la actividad de la Agencia se limita, según el artículo 39 del Reglamento, a detallar la «posible calificación jurídica, así como las posibles responsabilidades», una vez concluidas las actuaciones de investigación y en el informe final de investigación, pero en ningún caso en el momento del inicio de las actuaciones de investigación.

En virtud de lo anterior, **las alegaciones contenidas en el apartado 1.2 deben ser desestimadas**.

En el **apartado 1.3** se alega por una parte que la resolución atenta contra el derecho de defensa por falta de tipicidad, no tener en cuenta la extinción de la responsabilidad por prescripción y falta de imputación. La tipicidad y la prescripción son cuestiones que ya han sido abordadas en la contestación a las alegaciones del apartado 1.2, a la que nos remitimos. Con respecto a la **falta de imputación** cabe argüir de entrada que la resolución de inicio de actuaciones no es un supuesto equivalente ni equiparable a la imputación en el proceso penal, en cualquiera de sus formas, ya que, como hemos señalado desde el primer momento, la resolución no atribuye ningún hecho punible sino que se limita a «**INICIAR** expediente de Investigación para la determinación de la existencia de presuntas irregularidades en materia de incompatibilidades, ya que se ha comprobado la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos de los que trae causa la denuncia» (resuelvo primero) y a «**ENCOMENDAR** a la Dirección de análisis e investigación de la Agencia la instrucción del expediente de investigación» (resuelvo segundo). Es decir, tal y como hemos reiterado en varias ocasiones, la actuación de la Agencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 11/2016, se ha limitado a determinar la verosimilitud, es decir, según la definición del término de la Real Academia Española de la Lengua, la apariencia de verdad de los hechos denunciados y no su veracidad. Por las mismas razones la resolución tampoco es un acto equivalente ni equiparable a la incoación de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, ya que, como asimismo hemos argumentado, según el artículo 39 del Reglamento, es en el informe final de investigación, una vez concluidas las actuaciones de investigación, cuando la Agencia debe contemplar «los hechos y circunstancias constatados, las personas que hayan participado, colaborado o intervenido en los mismos, y su posible calificación jurídica, así como las posibles responsabilidades». E incluso en ese momento las conclusiones de la Agencia no adquieren forma de imputación ya que el pronunciamiento respecto de la calificación jurídica de los hechos y circunstancias así como las responsabilidades se limita, por mandato expreso, a determinar su mera posibilidad. Por ello no podemos admitir la alegación sobre la aplicación indiscutible del artículo 53 de la LPAC, ya que dicha aplicación lo es, a partir de la literalidad de lo expuesto, del apartado 2 del artículo, el cual se refiere, claramente, a derechos específicos en los procedimientos de naturaleza sancionadora.

Pero adicionalmente resulta que, no obstante lo anterior, incluso proyectando las exigencias del procedimiento administrativo sancionador a la resolución de inicio de actuaciones de investigación, no se aprecia la indefensión alegada por los afectados por cuanto en la

resolución se les ha dado a conocer las actuaciones de análisis realizadas, el objeto de la investigación y los indicios que fundamentan su apertura conforme al detalle que se proporciona en el párrafo siguiente. Y máxime teniendo en cuenta la modulación introducida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 116/2007, que dice literalmente que "el derecho a ser informado de la acusación (...) en su proyección en el ámbito administrativo sancionador no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena".

Y no cabe duda alguna de que los afectados han tenido la ocasión de defenderse, al haber respetado la Agencia en su actuación las garantías procedimentales del derecho a la información y a la contradicción, contempladas en el artículo 10 de la Ley 11/2016. Por una parte porque la resolución de inicio incluye información, detallada y precisa, sobre las actuaciones de análisis realizadas, el objeto de la investigación (la existencia de presuntas irregularidades en materia de incompatibilidades) y los indicios que fundamentan su apertura, que son las situaciones que podrían ser constitutivas del ejercicio de actividades profesionales y/o mercantiles enumeradas en el apartado CUARTO del Análisis de los Hechos. Y por otra porque los afectados fueron informados mediante las notificaciones de la resolución y dispusieron del trámite de audiencia y de la posibilidad de formular alegaciones (resuelvo sexto), cosa que efectivamente hicieron.

Por ello esta alegación no puede ser aceptada y procede su desestimación.

La alegación de la vulneración de la **presunción de inocencia** se fundamenta en que la resolución de inicio incurre en un desplazamiento de la prueba ya que «se ordena a los denunciados confesar su presunta responsabilidad, ni siquiera, pues, oponerse a la establecida indiciariamente, probar lo contrario o guardar silencio». Sobre esta cuestión es necesario hacer constar en primer lugar que esta Agencia coincide con los afectados en su alegación de que el derecho a la presunción de inocencia es de plena aplicación a este procedimiento, ya que el artículo 10 de la Ley 11/2016 lo incorpora expresamente como tal en las garantías procedimentales, y el Reglamento, en su artículo 30, lo exige expresamente en las actuaciones de comprobación, investigación, inspección y seguimiento que lleve a cabo la Agencia.

No obstante, no podemos aceptar que la resolución de inicio de investigación incurra en un desplazamiento de la prueba. En primer lugar, porque los requerimientos de información contenidos en el resuelvo séptimo y octavo de la resolución se inscriben en el deber de colaboración establecido los artículos 7.2 y 18 de la Ley 11/2016, en concordancia con lo previsto en el artículo 18 de la LPAC, y el artículo 37 del Reglamento. En segundo lugar, porque no puede producirse desplazamiento de la carga de la prueba en un procedimiento en el que, por no ser de naturaleza sancionadora, ni penal, ni incluir acusación ni imputación alguna, no hay atribución de tal carga. Y por último porque en lo que respecta a la aplicación del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal (STC 77/2023), la resolución de inicio no atribuye culpa ni imputación alguna, ni se refiere ninguna persona sobre la que se haya producido un pronunciamiento judicial en la materia, ni incluye referencia alguna a los términos delito, falta, irregularidad, ilícito ni ningún otro sinónimo o semejante.

No obstante, la alegación de vulneración de la presunción de inocencia plantea una cuestión esencial en este aspecto, a saber, el principio de reserva de jurisdicción, que es tratado en relación con la alegación tercera y conjuntamente con ésta en el fundamento de derecho tercero

La alegación de **falta de imparcialidad objetiva** de la Agencia del **apartado 1.4** basada en la posición adoptada frente a una denuncia, debe ser desestimada por lo expuesto en este mismo fundamento de derecho respecto a la falta de concreción (respuesta al apartado 1.1), ausencia de relación de hechos y falta de imputación (respuesta al apartado 1.3).

En lo que hace a la petición de abstención o recusación, es de significar que dicha pretensión la sostienen los afectados en la circunstancia de que concurriría en el director de esta Agencia una suerte de causa de abstención de naturaleza judicial, en concreto la relativa a la imparcialidad objetiva. La solicitud de abstención y/o recusación debe de ser inadmitida a limine, y ello porque la abstención y/o recusación formulada no se funda en ninguna de las causas recogidas en el artículo 23 de la Ley 40/2015, lo que excluye, de raíz, su tramitación.

SEGUNDO.- En la alegación segunda se invoca la nulidad por mantener la confidencialidad de la denuncia, de la que no se ha dado traslado íntegro a los afectados, de forma automática, sin resolución motivada, sin valorar los móviles del denunciante y por la ausencia de control sobre su veracidad y fiabilidad. Se hace especial énfasis en la falta de credibilidad del denunciante, su mala fe y el interés ilegítimo y espurio que mueve su denuncia.

La **confidencialidad** otorgada con carácter general a los denunciantes deriva del mandato expreso al respecto contenido en el apartado 5 del artículo 35 del Reglamento, que solamente se exceptúa en caso de requerimiento judicial: «5. Se garantiza la confidencialidad de la identidad de las personas denunciantes e informadoras. El personal de la Agencia estará obligado a mantener esta confidencialidad, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial».

Con respecto a los **requisitos exigibles al denunciante**, es indudable que la Ley requiere la existencia de legitimación para el ejercicio de acciones jurisdiccionales (artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) y para ser parte en los procedimientos administrativos (artículo 4 de la LPAC). Pero tales exigencias no se aplican a la condición de denunciante, que es distinta de la de interesado en el procedimiento administrativo, sancionador o no, y a la de legitimado en un proceso jurisdiccional. Así, no se exige legitimación en el derecho penal para denunciar los delitos perseguibles de oficio (artículo 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal). Tampoco en el derecho administrativo, ni en el procedimiento común (artículo 62.1 de la LPAC) ni en el de naturaleza sancionadora (artículos 63 y 64 de la LPAC). Y en concordancia con estas normas, la Ley 11/2016 atribuye de forma reiterada la posibilidad de presentar denuncias a cualquier persona. Así, en su artículo 11.2 al decir que «Cualquier persona puede dirigirse a la agencia para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta», y en el 14, en el que «Se considera persona denunciante, a los efectos de esta ley, cualquier persona física o jurídica que comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales».

En la misma línea cabe añadir los argumentos contenidos en las sentencias del Tribunal Supremo 1057/2007, de 12 de febrero, y 8599/2007, de 26 de diciembre, según los cuales el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que la entidad competente desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden; y que la existencia de defectos formales en la denuncia afectará, en todo caso, a la admisión del denunciante en el expediente como interesado, pero no a la propia iniciación del expediente para la investigación de los hechos, que puede ser decidida por la entidad competente de oficio, como expresamente prevé el artículo 11 de la Ley 11/2016.

En último término, la cuestión sobre la falta de legitimidad queda desvirtuada desde el momento en que se permite la presentación de denuncias anónimas. Esta es una posibilidad adoptada claramente por el Derecho de la Unión, en particular el Reglamento UE, EURATOM n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013 y la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019. También por el ordenamiento jurídico español, haciendo uso de la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones, por la que opta sin ambages la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Y en nuestro ámbito expresamente por el artículo 35.6 del Reglamento.

Las referencias jurisprudenciales aportadas por los alegantes, referidas a la restricción de derechos fundamentales y a las condiciones necesarias que debe requerir el testigo anónimo, no son aplicables al caso. Por una parte porque la resolución de inicio de investigación no contiene restricción alguna de derechos, algo completamente fuera del alcance de esta Agencia. Y por otra, porque el denunciante no reviste la calidad de testigo, ni la denuncia constituye medio alguno de prueba. La fase de análisis de la denuncia, que es la única actuación emprendida por esta Agencia hasta el dictado de la resolución de inicio de actuaciones, tiene como exclusiva finalidad, como ya hemos manifestado de forma reiterada, comprobar la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos o las conductas que hayan sido objeto de la denuncia.

Por las razones expuestas **la alegación debe ser desestimada**.

TERCERO.- En la alegación tercera se insta a la inadmisión de la denuncia por referirse a hechos que ya han sido resueltos en tanto en vía jurisdiccional como administrativa.

Por una parte, los alegantes manifiestan que lo planteado en la denuncia ha sido reiteradamente llevado ante instancias administrativas, a saber la Universidad de Alicante y el Consejo General del Poder Judicial, y que en todas ha sido desestimado por resolución firme.

Por otra, aducen que la denuncia reproduce una demanda presentada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fecha 20 de julio de 2020, que éste desestimó mediante sentencia firme de 30 de noviembre de 2021. Dada la conexión fáctica entre denuncia y demanda, mediante la primera se plantean unas pretensiones indivisibles por lo que es improcedente el fraccionamiento de la denuncia, esto es, la admisibilidad de parte de la misma. Y que dado el carácter de cosa juzgada de las pretensiones de la denuncia ésta debe ser inadmitida.

Sobre este particular procede señalar que consta en el expediente, por haber sido remitida por la Universidad, la documentación del procedimiento seguido en ésta como consecuencia de una denuncia formulada ante la Oficina de Conflicto de Intereses del Ministerio de Política Territorial y Función Pública sobre incompatibilidades de los afectados, esto es, sobre el mismo objeto que el presente procedimiento de investigación. La citada documentación incluye la petición de información que el rectorado dirigió a los interesados a raíz de la denuncia recibida; las respuestas proporcionadas por éstos; la comunicación al denunciante de la finalización de las actuaciones en relación con su denuncia; la presentación por éste de un recurso de reposición; la resolución del Rector de inadmisión del recurso de reposición por no tener el recurrente la condición de interesado, en la que se le informa de la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo; la presentación de un recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión y el archivo de dicho recurso.

Consta asimismo en el expediente, por haber sido aportado por los afectados, la sentencia del Tribunal Supremo 1396/2021, de 30 de noviembre de 2021. En dicha sentencia se inadmite el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 18 de diciembre de 2019 por el que se desestima el Recurso de Alzada número 412/19, interpuesto contra el Acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria de fecha 11 de octubre de 2019, que decreta el archivo de la Diligencia Informativa número 461/2019, instruida en virtud de Queja relacionada con los titulares de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante y de los Juzgados de lo Mercantil números 1 y 3 de ese Partido judicial por falta de apariencia de imparcialidad e independencia. La cuestión planteada en la denuncia relativa a la presunta vinculación de cinco magistrados de lo mercantil de la provincia de Alicante y su supuesta falta de imparcialidad fue sustanciada en esta sentencia, por lo que este aspecto fue inadmitido al referirse a hechos que quedan fuera del ámbito de actuación de la Agencia según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre. No obstante, y a pesar de que no haya referencia expresa en la sentencia a los afectados, lo cierto es que ésta resulta de la impugnación del archivo de una queja presentada ante el Consejo General del Poder Judicial en la que, aunque no se dispone de copia de la misma en el expediente, queda acreditado que se contienen referencias directas al presunto ejercicio de actividades mercantiles de los afectados. Estas referencias obligan a concluir que existen coincidencias entre el contenido de la denuncia presentada ante la Agencia y la cuestión dirimida judicialmente.

A la luz de lo expuesto en la alegación tercera, se constata que las diferentes cuestiones relativas a las incompatibilidades por el supuesto ejercicio de la profesión de abogado y actividades mercantiles fueron objeto de denuncia en una doble vía administrativa, a saber, ante el rectorado de la Universidad y ante el Consejo General del Poder Judicial; que en los dos ámbitos se acordó el archivo de actuaciones; que las decisiones de ambos órganos fueron recurridas; y que las decisiones sobre los recursos fueron la inadmisión y el archivo, con lo que se agotó la vía administrativa.

Se constata asimismo que ambos procedimientos fueron impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que se siguieron dos procesos que finalizaron con sendos acuerdos de archivo e inadmisión, por lo que las resoluciones recaídas respecto de esta cuestión han devenido firmes. Este hecho, unido a dos aspectos relevantes, a saber, el reconocimiento de parte de haber emprendido una acción judicial errónea y el hecho de que la denuncia haya sido presentada casi de forma inmediata tras la sentencia del Tribunal Supremo, aboca a la conclusión de que, como alegan los afectados, mediante la denuncia se esté planteando la revisión de las decisiones recaídas en este asunto mediante el recurso a una vía alternativa a la judicial ya agotada.

La Agencia Valenciana Antifraude no puede sustituir o plantearse como una vía alternativa a la revisión en vía administrativa de los actos de los órganos competentes de las autoridades administrativas o a la jurisdicción contencioso-administrativa, para resolver cuestiones de discusión de calado únicamente jurídico, con independencia de los argumentos de cada una de las partes. Adicionalmente, en virtud del principio de reserva de jurisdicción recogido expresamente en el artículo 5 de la Ley 11/2016, la Agencia no puede investigar hechos y conductas cuando existan investigaciones llevadas a cabo por la autoridad judicial, ni puede constituirse en instancia sustitutiva de las acciones jurisdiccionales que los interesados hayan ejercido erróneamente ni de revisión de las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales. En ninguno de estos casos procede continuar el procedimiento de investigación ya que, según previsión taxativa del artículo 35 del Reglamento, la alternativa a la revisión en vía administrativa es causa de inadmisión por referirse a hechos que quedan fuera del ámbito de actuación de la Agencia, y la existencia

de investigaciones realizadas por la autoridad judicial sobre los mismos hechos y conductas es causa de archivo.

Por otra parte, a la luz de las alegaciones formuladas por los afectados, se constata que otros aspectos de la denuncia en materia de incompatibilidades se fundamentan en meras sospechas o presunciones sobre las que no se aporta hecho o prueba alguna. Es el caso del presunto ejercicio de la actividad retribuida como abogado de [redacted] en una causa concreta, fundamentada en información sin precisar la fuente, y de la que se añade la sospecha (sic) de percepción de una cantidad en concepto de honorarios, mediante sociedad interpuesta y la descalificación como no creíble (sic) de un desmentido publicado en prensa. Es el caso, también, de la atribución de beneficios obtenidos por los afectados procedentes de las cifras de negocio de determinadas mercantiles.

Se aprecia, por último, falta de fundamento en los aspectos relativos al ejercicio de actividades para las que en su momento se dispuso de la correspondiente autorización de compatibilidad, como lo es el de administración concursal, o de otras, como tener la condición de socio o consejero de sociedades, ya que según la sentencia 164/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se refieren las STS de 14 de septiembre de 2009 y de 30 de abril de 2013, «la creación de cualquier sociedad mercantil, o la adquisición de la condición de socio de otra ya existente, es actividad privada no necesitada de declaración de compatibilidad, porque con ello el funcionario se limita a realizar una inversión de bienes que forman parte de su patrimonio personal o del patrimonio familiar, y por consiguiente ello se comprende entre las actividades exceptuadas de autorización por no quedar afectado, real o potencialmente, el bien jurídico que la normativa protege.»

En virtud de lo hasta aquí expuesto procede estimar la alegación tercera formulada por los afectados y **proponer el archivo del expediente** por las siguientes causas: no poder la Agencia sustituir o plantearse como una vía alternativa a la revisión de los actos de los órganos que son competencia de las autoridades administrativas ni de las resoluciones judiciales; no poder investigar hechos y conductas ya investigados por la autoridad judicial; por basarse en opiniones o informaciones genéricas poco fundamentadas en unos aspectos; y por falta absoluta de fundamento en otros.

CUARTO.- En la alegación cuarta ponen de manifiesto que se incluye en la relación de fuentes abiertas la información referida a la mercantil XXXXX, y que dicha información «no es una fuente abierta y cuyo acceso está restringido a las autoridades públicas con los únicos y exclusivos fines de investigar los delitos de blanqueo de capitales y terrorismo». Señalan que tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/11/2022, que ha ordenado la vuelta a la antigua redacción del artículo 30.5 c) de la Directiva 2015/849, la información sobre titularidades reales solo es accesible en base a un interés legítimo consistente únicamente en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, no siendo éste el objeto de investigación de la Agencia en este caso.

Señalan asimismo que el uso de dicha información para cualquier otra finalidad constituye una infracción de los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos, y que ante la gravedad de la lesión que puede haberse producido se ven obligados a requerir a la Agencia de dónde procede la información sobre la citada mercantil, «quién fue la persona que la solicitó y que le ordenó o autorizó a hacerlo».

Por último alegan la imprecisión en la información que la Agencia les solicita ya que la información sobre los administradores o apoderados de sociedades de capital ya consta en fuentes abiertas, y que no es claro a qué se refiere la petición de información sobre la relación con la persona jurídica cuando ya se pide sobre la condición de socio y administrador.

Sobre el carácter de fuente abierta debemos señalar que la inclusión de la información sobre titularidad real en el apartado correspondiente a este tipo de fuentes se basó en el entendimiento de que se trata de una información de naturaleza y acceso público según lo previsto en el Real Decreto-ley 7/2021, por estar radicada en un fichero de titularidad de una Administración Pública y ser accesible, ya que la consulta se ofrece como una de las certificaciones mercantiles disponibles en el apartado de Registro Mercantil de la sede de Registradores de España (https://sede.registradores.org/site/mercantil), bajo la única condición de ostentar un interés legítimo. No obstante, considerando que el acceso al registro no es libre, ya que se exige la identificación mediante certificado electrónico, no resulta adecuado calificar el registro como fuente abierta. Por lo tanto, procede estimar la alegación en este punto, si bien no es necesario realizar modificación alguna debido a la supresión de este dato como consecuencia de la argumentación que se expone más adelante.

La cuestión de fondo que se plantea en esta alegación se refiere al acceso y la finalidad de la información sobre titularidades reales, por lo que es necesario abordar ambos aspectos.

Con respecto al **acceso**, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico relativos al registro de titularidades reales y su acceso se encuentran en las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, disposiciones que no figuraban en la redacción original de la Ley, y que fueron añadidas por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (apartados 28 y 29 del artículo 3), por el que se transpuso la Directiva 2018/843 (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849. Y cabe añadir que en la fecha en que esta Agencia realizó la consulta de la titularidad real las referidas disposiciones adicionales tercera y cuarta se encontraban pendientes de entrar en vigor, ya que ello dependía de su desarrollo reglamentario, que no se produjo hasta la aprobación del Real Decreto 609/2023, de 11 de julio, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

Por otra parte, a la fecha de la consulta no se había producido la adecuación de nuestra legislación nacional a la sentencia alegada por los afectados, esto es, la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en asuntos acumulados C 37/20 y C 601/20, en relación con la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, ya que dicha adecuación se produjo mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, publicado el 29 de junio de 2023.

Así las cosas, y sin entrar a considerar la vigencia de las sucesivas modificaciones de la Ley 10/2010, la consulta por esta Agencia de dicho fichero se incardina en la Directiva 2015/849, que no se ve afectada por la declaración de nulidad de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22/11/2022, toda vez que el Tribunal Europeo anuló la modificación operada por la Directiva 2018/843, pero el derecho de esta Agencia para acceder como autoridad competente a la titularidad real de la sociedad mercantil ya se encontraba ínsito en la citada Directiva 2015/849, en concreto en el apartado 5 del artículo 30, cuyo literal es como sigue:

> 5. Los Estados miembros velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a disposición de:
>
> a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna;

b) las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II;

c) toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo.

Es evidente que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Ley 11/2016, la Agencia Valenciana Antifraude es una autoridad competente en la lucha contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana en el sentido exigido por la Directiva. Y así lo entiende también el Colegio de Registradores de la Comunitat Valenciana, quien en su respuesta de fecha 29 de enero de 2024 a la consulta formulada al respecto, reconoce a la Agencia la condición de autoridad competente en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, entiende acreditado el interés legítimo y concede acceso directo al registro para la consulta de las titularidades reales de las entidades jurídicas inscritas en los registros mercantiles, sin que sea necesario un examen del cumplimiento de las condiciones de acceso en cada solicitud de información.

Acreditado, por lo tanto, que el acceso a los datos de titularidad real efectuado es legítimo en todo punto, procede abordar la cuestión del uso o finalidad de la información. La directiva 2015/849 tiene por objeto, según su artículo 1, la prevención de la utilización del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. La definición del concepto de actividad delictiva en el ámbito de la Directiva, según el apartado 4) del artículo 3, incluye una variedad de delitos entre los que se encuentra expresamente el de corrupción, que es precisamente objeto de actuación de la Agencia según el artículo 1 de la Ley 11/2016. Teniendo en cuenta que esta Agencia inicia los procedimientos de investigación en función de unos datos que apriorísticamente no permiten afirmar con certeza la existencia de una relación directa con un delito concreto, y que pueden finalizar con presuntos ilícitos penales o con irregularidades administrativas graves, o de otra índole, la obtención de la información sobre titularidades reales, en tanto que necesaria para el esclarecimiento de los hechos en el curso de la investigación[2] y no opuesta a la finalidad de la directiva, es perfectamente legítima.

No obstante lo anterior, considerando que en virtud de lo expuesto en el fundamento de derecho tercero se propone el archivo del expediente de investigación, por lo que la información sobre titularidades reales deviene en innecesaria; considerando las alegaciones de los afectados y las garantías procedimentales del artículo 10 de la Ley 11/2016 y del considerando 46 de la Directiva 2015/843, que, si bien referido a las entidades obligadas, establece que la recogida y posterior tratamiento de datos personales deben limitarse a lo necesario, y a fin de evitar que los datos personales sean objeto de tratamiento ulterior de una manera incompatible los fines de la Directiva; se propone la supresión de la información relativa a la titularidad real de la mercantil citada en la resolución de conclusión del presente expediente.

Consideradas las alegaciones, en el Informe provisional de Investigación **se formuló la propuesta de resolución** en los siguientes términos:

PRIMERO.- Desestimar las alegaciones primera y segunda en su totalidad y parcialmente la cuarta, formuladas por los interesados en su escrito de 25 de abril de 2023, por los motivos que se indican en los fundamentos de derecho.

SEGUNDO.- . Denegar los «solicitamos» primero, segundo, tercero y cuarto del citado escrito de 25 de abril de 2023 por los motivos que, asimismo y en relación con las alegaciones con las que se corresponden, se indican en los fundamentos de derecho.

[2] STC 41/1998 citada supra

TERCERO.- Atender el «solicitamos» sexto de que por esta Agencia se informe de qué fuente en concreto proceden los datos de titularidad real de la mercantil citada, y en tal sentido informar a los interesados que los datos han sido obtenidos de la consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles a través del Registro Mercantil, realizada en virtud del Convenio de colaboración suscrito el 7 de marzo de 2022 entre la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles a través del registro mercantil, publicado en el Boletín Oficial de las Corts Valencianes núm. 232 de 11 de marzo de 2022.

CUARTO.- Estimar la alegación tercera de los interesados por los motivos que se especifican en el fundamento de derecho tercero; atender el «solicitamos» por los mismos motivos y, en consecuencia, acordar el archivo del expediente de investigación 2021/G01_02/000032.

QUINTO.- Suprimir la información relativa a la titularidad real de la mercantil citada en la resolución de conclusión de la fase de investigación.

SÉPTIMO. - Trámite de audiencia y alegaciones

De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por su posible implicación en los hechos objeto de investigación, se procedió a notificar el Informe Provisional de Investigación a [redacted] y [redacted] y concederles un trámite de audiencia durante un plazo de 10 días hábiles. A ambos se les informó, en el mismo acto, que finalizado el plazo sin haber efectuado alegaciones ni aportar documentos o justificaciones, o si antes del vencimiento del plazo manifestaran su decisión de no efectuar aquellas ni aportar estos, se tendría por realizado el trámite y continuaría la tramitación del procedimiento; así como del modo para practicar el trámite de audiencia, a saber, previa la obtención de una cita con la Agencia, a través del teléfono 962 787 450 o por correo electrónico dirigido a investigacio@antifraucv.es.

El Informe Provisional de Investigación fue notificado asimismo a la Universidad de Alicante, a la que se le concedió un plazo de 10 días hábiles a contar desde la recepción para formular las alegaciones que considerara oportunas, informándole del modo para hacerlo, a saber, mediante la presentación en la Sede Electrónica de la Agencia Valenciana Antifraude conforme a las indicaciones contenidas en el propio Informe.

El Informe Provisional de Investigación fue recibido por [redacted] el 20 de marzo de 2023, y por [redacted] y por la Universidad de Alicante el 21 de marzo de 2023, sin que conste a fecha de hoy, habiendo transcurrido más de 10 días hábiles desde la recepción, que se haya solicitado la realización del trámite de audiencia ni se haya formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Conclusión de las actuaciones

El artículo 16 de la Ley 11/2016 dice que, finalizada la tramitación, el director o directora de la Agencia:

1. Deberá emitir un informe motivado sobre las conclusiones de las investigaciones, que deberá tramitar el órgano que corresponda en cada caso, el cual, posteriormente y en el plazo que se haya establecido en el informe, deberá informar al director o la directora de la agencia sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo

con las recomendaciones formuladas.

2. Finalizará el procedimiento, en su caso, con archivo de las actuaciones. El archivo será comunicado al denunciante o solicitante en escrito motivado.

3. Iniciará un procedimiento sancionador de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

4. Si en el curso de las actuaciones emprendidas por la agencia se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias, el director o la directora de la agencia lo deberá comunicar al órgano que en cada caso corresponda. Si hay indicios de que hayan tenido lugar conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se trasladará de forma inmediata al ministerio fiscal o a la autoridad judicial y, en caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se trasladará a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

5. La Agencia puede dirigir recomendaciones motivadas a las administraciones y a las entidades públicas en que se sugiera la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar las disfunciones o las prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de conductas irregulares detectadas.

6. Si la relevancia social o la importancia de los hechos que hayan motivado la actuación de la agencia lo requieren, el director o la directora puede presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de Les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

SEGUNDO. - Según lo dispuesto en el artículo 40 de Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia, de 27 de junio de 2019:

1. Una vez finalizada la tramitación del expediente de investigación y sobre la base del informe final de investigación a que se refiere el artículo anterior, el director o directora de la Agencia, mediante resolución motivada podrá acordar:

a) El archivo de las actuaciones de investigación, que será comunicado a los denunciantes o solicitantes. Si se constatan datos, elementos o circunstancias determinantes de los que no se tenía conocimiento en el momento de acordar el archivo del expediente de investigación, podrá acordarse su reapertura.

b) La formulación de todas aquellas recomendaciones conducentes a la adopción de las medidas que se estimen convenientes, pudiendo sugerir la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar disfunciones o prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de las conductas irregulares detectadas.

c) Si se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias u otros hechos sancionables de acuerdo con la normativa sectorial, se comunicará al órgano competente.

d) Si se advierten acciones u omisiones de las previstas en los artículos 17 y siguientes de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, se propondrá el inicio del procedimiento sancionador correspondiente.

e) En caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se dará traslado a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

f) Si hay indicios de conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se dará traslado de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

2. Los informes de investigación, las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del

ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Tampoco las comunicaciones o requerimientos que se realicen en el marco del procedimiento de investigación pueden ser objeto de recurso. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

3. En el supuesto de que la relevancia social o la importancia de los hechos que han motivado las actuaciones de la Agencia lo requieran, la directora o director podrá presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

4. La Agencia comprobará que las autoridades competentes aplican las medidas administrativas, financieras, legislativas o disciplinarias que les ha recomendado, realizando su seguimiento mediante las actuaciones que considere adecuadas. A tal efecto, la Agencia puede dirigir recordatorios a la máxima autoridad del organismo afectado y solicitarle la remisión de un plan de implementación de las recomendaciones formuladas en el que se detallen las acciones, los plazos y las personas responsables de cada una de las actuaciones que hay que llevar a cabo, o bien las razones que le impiden adoptar las medidas propuestas.

5. En caso de que las autoridades afectadas no apliquen las recomendaciones propuestas ni justifiquen su inaplicación, la Agencia debe hacerlo constar en la memoria anual o en un informe extraordinario a les Corts, según corresponda. En cualquier caso, antes de hacer constar expresamente el incumplimiento, la Agencia debe comunicarlo, con la propuesta de memoria o informe, a la persona u órgano afectados a fin de que aleguen lo que crean conveniente".

Por todo cuanto antecede, RESUELVO:

PRIMERO.- Desestimar las alegaciones primera y segunda en su totalidad y parcialmente la cuarta, formuladas por los interesados en su escrito de 25 de abril de 2023, por los motivos que se indican en los correspondientes subapartados del apartado sexto de la presente resolución.

SEGUNDO.- Denegar los «solicitamos» primero, segundo, tercero y cuarto del citado escrito de 25 de abril de 2023 por los motivos que, asimismo y en relación con las alegaciones con las que se corresponden, se indican en los correspondientes subapartados del apartado sexto de la presente resolución.

TERCERO.- Atender el «solicitamos» sexto de que por esta Agencia se informe de qué fuente en concreto proceden los datos de titularidad real de la mercantil citada, y en tal sentido informar a los interesados que los datos han sido obtenidos de la consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles a través del Registro Mercantil, realizada en virtud del Convenio de colaboración suscrito el 7 de marzo de 2022 entre la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles a través del registro mercantil, publicado en el Boletín Oficial de las Corts Valencianes núm. 232 de 11 de marzo de 2022.

CUARTO.- Estimar la alegación tercera de los interesados por los motivos que se especifican en el subapartado tercero del apartado sexto de la presente resolución; atender el «solicitamos» por los mismos motivos y **archivar el expediente** por no poder la Agencia sustituir o plantearse como una vía alternativa a la revisión de los actos de los órganos que son competencia de las autoridades administrativas ni de las resoluciones judiciales; no poder investigar hechos y conductas ya investigados por la autoridad judicial; por basarse en opiniones o informaciones genéricas poco fundamentadas en unos aspectos; y por falta absoluta de fundamento en otros.

QUINTO.- Suprimir la información relativa a la titularidad real de la mercantil en la presente resolución.

SEXTO.- COMUNICAR la resolución del expediente a la persona denunciante mediante escrito motivado.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR a la Universidad de Alicante, a [redacted] y a [redacted] la resolución de archivo de la investigación, con indicación de que contra la misma no cabe recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019), así como en el artículo 20.4 en relación con el artículo 16.2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

ADVERTENCIA DE CONFIDENCIALIDAD

De conformidad con lo regulado en el artículo 8.1 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, el presente documento y, en su caso, su documentación adjunta tiene carácter CONFIDENCIAL, debiéndose asegurar, en todo caso, la reserva máxima para evitar perjuicios a la persona o entidad investigada y como salvaguarda de la eficacia del procedimiento jurisdiccional o administrativo que se pueda iniciar como consecuencia de estas actuaciones.

La vulneración de la dicha confidencialidad, así como el incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para hacerla efectiva, es constitutivo de infracción, muy grave o grave, en virtud de lo dispuesto por la Ley 2/2023, 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Cualquier persona que conozca de este documento y no sea el competente para su tramitación deberá remitirlo inmediatamente a la persona u órgano competente para ello, manteniendo en todo caso su deber de confidencialidad.

Asimismo, es de aplicación a la presente actuación la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y demás legislación vigente en la materia. Los datos personales contenidos en la misma, así como en la documentación adjunta, son CONFIDENCIALES, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la AVAF[1].

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

[1] Los datos personales serán tratados por la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción e incorporados a la actividad de tratamiento «*ACTUACIONES DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN*», cuya finalidad es «*Análisis de las denuncias en materia de fraude y corrupción que son competencia de la Agencia. Investigaciones instruidas por la Agencia como consecuencia de actuaciones de oficio o de denuncias. Gestión de denuncias presentadas a través del Buzón de denuncias de la Agencia. Registro de llamadas y entrevistas relativas a denuncias e investigaciones*». Puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad de sus datos, de limitación y oposición a su tratamiento, así como a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos, cuando procedan, ante la Agencia Valenciana Antifraude en la calle Navellos, 14-3, 46003 - València o en la dirección de correo electrónico dpd@antifraucv.es. Puede encontrar información más detallada sobre el tratamiento y el ejercicio de los derechos que la normativa en protección de datos le reserva en la dirección https://www.antifraucv.es/es/politica-de-privacidad."